✠

POR

DOÑA RAPHAELA LOPEZ DE ESPINOLA (58) vezina de la Ciudad de Xeréz de la Frontera.

EN EL PLEYTO

CON DON MATHEO DAVILA, (48) Y POR ſu muerte D. Bartholomè Davila ſu hijo. (61)

SOBRE

PRETENDER DICHA DOÑA RAPHAELA (58) ſe le abſuelva, y dè por libre de la demanda puesta por dicho Don Matheo (48) en razon de que ſe declare pertenecerle los Mayorazgos, que fundaron Don Bartholomè Davila, y Doña Leonor Lopez Urſino ſu muger, (15) y Doña Leonor de Padilla, (14) y el que aſsimiſmo fundaron Don Garcia Davila, (28) y Doña Cathalina Davila ſu muger (27);

EN CUYO PLEYTO PRETENDE ASSIMISMO la Doña Raphaela (58) ſe le declare por legitima ſucceſſora, y que le pertenecen los frutos, y rentas deſde la muerte de el Conde de Monte Gil (49) vltimo Poſſeedor, y que en caſo neceſſario ſe declaren por de ningun valor, ni efecto las Clauſulas, por las que mandaron los Fundadores de dichos Mayorazgos, que entre tanto, que la hembra ſucceſſora tomaſſe eſtado, ſe puſieran los bienes en Adminiſtracion, y que los frutos, y rentas ſe agregaſſen, y que dichas Clauſulas no deben obſtarle.



REIMPRESSO EN GRANADA EN LA IMPRENta Real, en virtud de Auto acordado por los Sres. del Rl. Acuerdo, de que certifica su Secretario de Camara en 13. de Mayo de 1758.

N.1. SIENDO EL IDIOMA PROPRIO, DE INformar à los supremos Juezes, la brevedad, con la exactitud, vno, y otro se procurarà obseruar en esta Alegacion; de suerte, que ni lo breve la haga obscura, ni la latitud difusa (Quintilian. *instit. orator. lib.4. cap. 2. Nos brevitatem in eo ponimus, non vt minus, sed ne plus dicatur, quam oportet.* Div. Bernard. *lib.5. de Considerat. ad Eugen. Tuis si quidem ocupationibus, sermo brevior, competentior est.*

2. Fundaron Doña Leonor, y Don Bartholomè con su muger (14 y 15), en 30. de Octubre de 599. vn Mayorazgo por via de aumento, y agregacion del Patronato, fundado por el Alcayde Luis Suarez de Toledo, y Doña Juana Marques su muger, sus rebisabuelos, y del Mayorazgo fundado por Christoval Davila (5) su bisabuelo: cuyo Mayorazgo, y Agregacion, fue por via de tercio, y quinto, en cabeza de Don Diego Bartholomè Davila su hijo (25), cuyas legitimas paterna, y materna, assimismo quedaron incluidas mediante su aceptacion à dicho gravamen. (*Mem. impres. fol.* 10. *num.* 34.)

3. Llamaron despues del Don Diego Bartholomè (25) todos sus descendientes, por el orden regular, y en su defecto à Doña Cathalina (27), Doña Leonor (24), y Doña Juana (26), y à todas sus lineas, con la misma regularidad. (*Mem. num.* 35. *y* 36.).

4. A falta de dichos sus hijos, llamaron à Doña Juana, y Doña Mencia de Villavicencio, y à sus hijas hembras con exclucion de los varones, y despues à las de Don Lorenzo, Don Diego, y Don Fernando de Villavicencio con la misma exclusion de los varones. (*numer.* 36.).

5. Mandados obserbar los gravamenes, y condiciones de dichos Patronato, y Mayorazgo del (5), del nombre, y armas, añaden por especial gravamem, que si por faltar generacion, y descendencia de el dicho su hijo (26), y dichas sus hermanas (27 26 y 24), faltassen varones que huviessè de succeder, y succediesse por esta causa hembra huviesse de casar con varon de su linage, y en el interin que no tuviesse efecto, se pusiessen los bienes de este Mayorazgo en Administracion, de persona independiente quien cobrasse sus rentas, que se huviessen de emplear en cada vn año en bienes libres, que fuessen aumento del Mayorazgo, los que con los demàs de la Vinculacion, no se entregassen à dicha successora, hasta que constasse por Testimonio, aver cumplido dicha condiciõ, prohibiendo que hasta dicho caso se le pudiesse entregar cosa alguna de dichas rentas, por qualquier causa, aunque fuesse vrgentissima. (*num.* 37. 38. *y* 39.)

6. Esto no avia de proceder, si al tiempo de la vacante huviesse ya casado la successora con varon estraño, porque entonces debia regularse del mismo modo, que si huviesse cumplido la condicion, pero de este matrimonio, solo avian de succeder las hembras, y no los varones, sino en el caso de no averlas debiendole suce-

fucceder fus hijas, y no los varones, fino en el cafo, y con la mifma condicion referida. (*num.* 40. *y* 41.)

7. Don Garcia, y Doña Cathalina Davila (27 y 28), fundaron fu Mayorazgo tambien de tercio, y quinto en 1. de Octubre de de 621. en cabeza de Doña Mariana Davila fu hija mayor (37), en cuyo defecto, y de fu defcendencia, llamaron à Doña Leonor (38) fu hija menor, y defpues de ella, y fu linea, hicieron otros llamamientos, y todos en la forma regular. (*num.* 42.)

8. Impufieron à dichas fus hijas (37. y 38.), la condicion de cafar con varon de fu linage, y apellido, y que lo huvieffen de hacer con fu confentimiento, y en falta de ellos, con el del (25), y otros dos que expreffan, imponiendoles en cafo de contravencion, la pena de pribacion (*num.* 43.)

9. Repiten el mifmo gravamen en todas las fucceffores, aviendo de contraer fu matrimonio à la voluntad de fu Padre, y no teniendolo, à la de tres Cavalleros de fu linage, con la mifma pena de pribacion (*num.* 44. *y* 47.)

10. Permiten, que la cafada con eftraño, à el tiempo de la vacante, aya de fucceder en el Mayorazgo, pero por fu fallecimiento admiten fus hijas, con las referidas condiciones, con total exclufion de los varones, aunque por efto huvieffe de translinear el Mayorazgo (*num.* 45. *y* 46.).

11. Mandan la adminiftracion, de perfona independiente, interim que la hembra fucceffora, no cumpla con dicho precepto mandando emplear fu renta, en bienes que agregan à dicho Mayorazgo (*num.* 48.).

12. La mifma adminiftracion previenen, en cafo que el fucceffor varon, fea menor el que no fe pueda alimentar de fus frutos, fino es, no teniendo otros bienes, y entonces le feñalan el tercio, (*num.* 49.)

13. Ambos Mayorazgos fe juntaron en los (36. y 37.), de donde aviendo difcurrido, hafta el Conde de Montegil (49), vltimo poffeedor, por fu fallecimiento pretenden D. Matheo Davila (48), y por fu muerte D. Bartholomè Davila (61), fu hijo, y fu Curador ad litem, fe declare le tocan, y pertenecen, con fus frutos defde el fallecimiento del vltimo poffeedor; à cuya reftitucion, fe debe condenar à Doña Rafaela Lopez de Efpinola (57), Tenutaria por Sentencia del Confejo de 4. de Agofto de 749. la que pide fu abfolucion, con declaracion de no obftarle las Claufulas, en que fe previene la adminiftracion interina, y prohibe la total percepcion de frutos; por lo que para inftruir fu Defenfa, con claridad, fe dibidirà efta en dos partes: en la primera fe perfuadirà *carecer dichos Don Matheo, y Don Bartholomè* (48. *y* 61.) *de todo derecho*, para fucceder, y que la Doña Rafaela *es indubitadamente la legitima fucceffora*: En la fegunda fe convencerà; *que fin embargo de dichas Claufulas, deben entregarfele los bienes, para el percibo de todas fus rentas, ò à lo menos, la cantidad competente para fus alimentos.*

PAR-

PARTE I.

LA SUCCESSION DE ESTOS MAYORAZGOS toca, y pertenece à Doña Rafaela Lopez de Espinola (58), y no à Don Bartholomè Davila (61).

14. FUnda de derecho la Doña Rafaela (58), porque siendo notoriamente regulares estos Mayorazgos, por lo respectivo à los de los (14. y 15.) en sus hijos (25.27.26. y 24.): y por lo que mira al fundado por los (27. y 28), en los (37. y 38.), siendo la Doña Rafaela (58), quarta nieta del (25), y tercera del (37), y el Don Bartholomè (61), solo viznieto de Doña Leonor (38), es evidente pertenecer dicha succesion à Doña Rafaela (58), pues aviendo constituido los (25. y 37.) las lineas primogenitas, en orden à dichos Mayorazgos, es clara la inclusion de Doña Rafaela (58), contra D. Bartholomè (61), que solo desciende de la linea segundogenita.

15. Previnieron los Fundadores (14. y 16.), que dicho orden de succeder regular, se huviesse de observar perpetuamente en la linea del primer mejorado (25); cuya disposicion totalmente se destruyera si el Don Bartholomè (61), que no desciende de dicho mejorado huviesse de succeder.

16. Es regla indubitada, que en los Mayorazgos, debe succeder el mas immediato al vltimo posseedor, ya sea por la linea efectiva, y yà por la contentiva. (Dom. Molina, *lib.3. cap.9. per tot.* vbi Addent. Roxas, *part.1. cap.6. numer.237. & sequent.* Dom. Castillo, *lib.5. cap.93. §. 13. per tot.*) La hembra contra el varon mas remoto, de inferior linea, no solo tiene à su favor el caso claro, sino el dudoso (Dom. Valenz. *cons. 97. num. 74.* Dom. Castillo, *lib. 5. cap. 129. num. 56.* Dom. Vel. *disert. 49. numer. 53.* Dom. Larr. *decis. 34. num. 19. & 59. num. 9. & 34. num. 19. & 42.* Dom. Molina, *lib. 3. cap. 4. num. 32.*), pudiendo ser solo excluida estando clara, y expressa, ò deduciendose la exclusion por conjeturas precissas, que debe provar el varon, que se pretende incluir, (*Autor. citat. vbi proxime, precipue.* Dom. Molina, *loc. citat. & num. 38. & 39. & cap. 5. num. 72.* Pegas, *de exclus. & inclus. cap. 14. num. 119. & 144.* Dom. Castillo, *lib. 3. cap. 19. num. 15.* Alvar. *de Coniect. ment. defunt lib. 2. cap. 3. §. 4. num. 32.*) Y siendo la Doña Rafaela (58), no solo de la linea primogenita, sino mas immediata al Conde de Montegil (49) vltimo posseedor, debe succeder aun en caso de duda, pudiendo solo incluirse el D. Bartholomè (61), haciendo ver claramente su exclusion.

17. Por estos principios tan conformes à derecho, y à la voluntad de los Fundadores, recurre el Don Bartholomè (61), à la exclu-

clusion de Doña Rafaela (58), por suponer aver faltado la condicion de su llamamiento, pues aviendo prevenido los Fundadores, que las successoras huviessen de contraer matrimonio con varon de su linage, y apellido, esto no se ha verificado hallandose la Doña Rafaela (58) en estado henesto.

18. Pero aunque todas las hembras tuviessen este gravamen, en ambos Mayorazgos, no se persuade la exclusion pretendida. De dos modos pueden imponerse los gravamenes en los Mayorazgos, ò por via de condicion, ò modo, aquella hace que el successor no adquiera, hasta que se aya verificado, este solo obliga al cumplimiento, pero sin impedir la adquisicion; de suerte, q̃ la condicion obsta para adquirir, el modo no cumplido para retener (D. Molin. *lib. 2. cap. 12. n. 4.* vbi Add. Cardin. de Luca, *discur. 73. de Testam. n. 35. vbi vero adjecta est per viam modi, tunc non impeditur vocatus, ad consecutionem lucri obtinendam, neque precisse cogitur ad implendum, sed suficit non contra facere, atque se promptam exhibere testatoris preceptum servare, quando prebebit ocasio, & in specie firmavit rota 21. de Junio 1652. coram verozpio §. Huic autem decis. 283. part. 11. recens. vbi vocata femina ad fideicommissum dum modo nubat in familia testatoris, dicitur tale preceptum importare modum, non impedientem emolumenti asecutionem.*

19. Que el gravamen del matrimonio, se halle impuesto en estas Fundaciones, como modo, y no condicion, lo evidencia la presumpcion de derecho; pues todos los gravamenes se presumen impuestos de este modo. (Dom. Molina, *lib. 2. cap. 12. num. 18. & 14. & 41. Similiter etiam considerandum est quod conditiones, & gravamina quæ personis vocatis à primogeniorum institutoribus aponi solent, vt plurimum potius admodum, quam ad conditionem referenda sunt. Et num. sequent. & passim per tot.* vbi Add. P. Molina, *de Iust. & Iur. disput. 111. à numer. 1.* Dom. Castillo, *lib. 5. cap. 115. numer. 14. & 15.* Gutierr. *in Specie de Matrimon. cap. 20. numer. 23.*). Siendo manifiesto indicio, de hallarse impuestos baxo esta qualidad, quando despues de perfecto el llamamiento, se añade el gravamen; como se cree condicion, quando en la misma expression, con que el Fundador hace el llamamiento, impone el precepto, sin el que no tuviera perfecto sentido la oracion (Dom. Molina, *dict. lib. cap. 15. numer. 29. Communis tamen resolutio, ac inter has contrarias opiniones concordia est, quod quando dictio, dum modo adjicitur actui perfecto, importat modum, quando autem adjicitur actui imperfecto, importat conditionem: vbi addent. & numer. 30.*): Y siendo evidente de ambas Fundaciones, no solo, que el gravamen del matrimonio està impuesto à las hembras, de suerte, que su llamamiento haga perfecto sentido, sino que se hace en Clausulas distintas, y separadas; es illacion precissa, que el matrimonio impuesto à las hembras en estos Mayorazgos, es modo, y no condicion.

20. En el Mayorazgo, se consideran el dominio, y possession civil, y la natural, ò corporal detencion, ò aprehension: el domi-

minio, y possession civil, se transfieren immediatamente por la Ley, sin acto alguno de el Posseedor, ò otro Tercero; la corporal detencion, supone el acto de aprehension de el Posseedor, y à vezes la entrega de el Tercero. (Dom.Molin. *lib.1.cap.14.n.14.* verf. *Similiter: In Majoratus successione, res majoratui subjecta, capienda sit, de manu hæredis, seu primi vocati, in hunc sensum; quod solum actualis possessio, quatenus facti, non juris est, sit de manu anterioris Majoratus successoris capienda; cum enim dominium rerum Majoratus, & possessio in sequentem per transeat, nihil aliud quam actualis possessio, de manu precedentis successoris capiendum est, in quem sensum, dicantur bona Majoratus restitutioni subjecta, non quod in successione Majoratus restitutio facienda sit, vt Majoratus successor dominium, ac possessionem civilem, & naturalem eorum bonorum obtineat; sed quod rerum Majoratus dominio, ac possessione adquisitis, ipsa actualis possessio apud hæredes primi successoris retenta, restituenda sit.*) Puede ser vn mismo gravamen modo, respecto de el dominio, y possession civil, y condicion respecto de la corporal aprehension. La Ley immediatamente transfiere aquellos, quedando suspensa en el interin la aprehension, hasta que aya surtido efecto el gravamen impuesto, aviendo en este caso successor legitimo, pero sin administracion. (D. Molin. *lib.2.cap.12.n.15.& 16. Hoc autem dupliciter limitari potest; primo si ex dispositione institutoris gravamen ipsum ante possessionis aprehensionem, adimplendum sit ::: nam in hoc casu, quamvis dominium, ac possessio civilissima, in vocatum, mortuo vltimo possessore, pertranseat, ex ministerio legum regiarum, eo momento, quo mortuus fuit, cum successio non possit esse in pendenti ::: nihil ominus tamen apprehensio actualis possessionis, suspendenda erit, donec successor juraverit, vel impleverit illud quod à Majoratus institutore, sibi injunctum fuit: quoad hoc namque, est propria conditio, vtpotè, quæ actum apprehensionis actualis possessionis suspendat.* Pat. Molin. *disput.111. n.2.* Mier. *part.3. quæst.12.n.23.*)

21 Esto es literalmente, lo que en estas Fundaciones sucede. Hechos los llamamientos de las hembras, se les impone el gravamen de el matrimonio, con varon de el linage, y apellido de los Fundadores, y en el interin que no tenga efecto, se les prohibe la administracion de los bienes, y percibo de sus rentas; aquella se manda poner en persona independiente, y estas se mandan emplear, en aumento de el Mayorazgo. Esta administracion debe durar, hasta que la hembra aya hecho constar su matrimonio: Luego aunque este sea condicion, para la aprehension de los bienes, y percibo de sus rentas, no lo es para la legitima succession, esto es, el dominio, y possession civil, y natural; assi como puede ser pura la tutela, aunque estè suspensa, por ser condicional la administracion. (*Text. expressus in leg.77.§.3. de condit. & demonst. Pater exhæredatæ filiæ, tutores dedit, eosque, si mater ejus, impubere filia constituta, vita decessisset, ad rem gerendam accedere jussit, cum vxori mandatum esset, vt moriens filiæ communi, deties restitueret: non sub conditione tutores videbuntur dati:* vbi Bartol. *Summat. Conditio apposita administrationi, non suspendit dationem tutelæ.*)

22 Si el matrimonio fuesse condicion, como quiere el Don Bartholomè n. 61. era imposible esta interina administracion: porque, ò la successora, al tiempo de la vacante, avia cumplido, ò no la condicion? Si lo primero, debia succeeder con plena administracion: si lo segundo, debia hazer transito al siguiente llamado, que siendo varon, no estaba obligado à la condicion, y en caso de ser hembra buelve el argumento: Luego aviendo de verificarse dicha administracion interina, no estando casada la hembra successora, y no pudiendo hallarse in pendenti la succession; es evidente, tocar, y pertenecer esta à la hembra, suspensa en el interin la administracion, por ser respecto de aquesta el matrimonio modo, como en orden à esta condicion.

23 Esto se demuestra en el Mayorazgo de los nn. 27. y 28. en que si el successor varon, fuesse menor, teniendo de que alimentarse, se manda la misma administracion, y destino de rentas: de suerte, que siendo indubitado successor, se halla suspensa la administracion de los bienes, y percibo de frutos, baxo de la condicion de la mayor edad: (*Leg. 21. & 22. ff. quando dies legati cedat. Si Titio cum is annorum quatuordecim esset factus, legatum fuerit, & is ante quartum decimum annum decesserit, verum est ad hæredem ejus, legatum non transire: quoniam non solum diem, sed & conditionem, hoc legatum in se continet, si effectus esset annorum quatuordecim: qui autem in rerum natura non esset, annorum quatuordecim, non esse intelligeretur.* Cardin. de Luc. *de Fideicommiss. discurs.* 190.) Luego aunque el matrimonio importe condicion en las hembras, respecto de la administracion, y percibo de frutos, no obsta, para que sea pura, y instantanea la adquisicion de la succession.

24 Efectuado el matrimonio, y hecho constar por la successora, se le mandan entregar los bienes, con el aumento: Luego no està impuesta por via de condicion; pues estandolo, aviendo hecho transito la succession, por no aver cumplido, era imposible la entrega de bienes, en que otro se hallaba en plena possession.

25 En el Mayorazgo de los nn. 27. y 28. aparece con evidencia; pues se previene, que si la Doña Mariana Davila n. 37. mejorada casasse, avia de ser con consentimiento de el otorgante, que à la sazon fuesse vivo, y en su defecto, con el de otros tres Cavalleros, que expressa; de que resulta, que en orden à la succession el matrimonio no es condicion, pues de otro modo no solo seria superflua aquella demonstracion, *si casasse*, sino repugnante; pues si avia de contraer matrimonio necessariamente, y avia de averlo practicado al tiempo de la succession, era implicatoria la condicion *si casasse*, quando por el mismo hecho, la ponian en esta precision; de que se deduce, que los Fundadores no obligaron à las successoras precissamente à contraer, sino en el caso de hazerlo, baxo de el modo que dispusieron, que es propriamente lo que importa el gravamen impuesto como modo. (Card. de Luc. *vbi supr. num.* 18.)

26 Mas: disponen, que dicho matrimonio fuesse con consentimiento de el otorgante, que estuviesse vivo, y en su defecto,

con

con el de tres Cavalleros de su linage : Luego no era precisso el matrimonio al tiempo de la succesion; que aviendo de tener lugar inmediatamente despues de los Fundadores, no podia verificarse el consentimiento de los tres Cavalleros, que solo en defecto de los otorgantes debia intervenir.

27 Ni obsta dezirse, que esto fuesse especial, en la primera llamada n. 37. porque no solo no ay la mas leve congetura para inferirlo, sino que la misma condicion, que à todas imponen, ponen en la primera llamada. Si esta no tiene especialidad, ni en quanto à el varon, con quien avia de contraer, ni en orden al consentimiento, que debia intervenir; còmo puede en quanto al tiempo, sin fundamento alguno suponerse especialidad? Y mas, quando en la clausula general, impone el gravamen à las hembras, assi à las que en adelante succedieren, como à las que entonces llamaban: (*Mem. num.* 44.) Luego si en estas el matrimonio fue modo, porque pudieron despues de la muerte de los Fundadores contraer, es violencia querer inducirlo en las demàs, como condicion.

28 Si la hembra succesora tuviesse padre, avia de contraer à su voluntad: (*Mem. n.* 47.) y no siendo dudable, que en caso que el padre no prestasse el consentimiento à el matrimonio, ò por ser muy menor de edad, al tiempo de la succesion la hembra, ò por otra justa causa, deberia succeder: es evidente, no debe intervenir el matrimonio al tiempo de la succesion. Si el dissenso de el padre excusa à la hija de la pena de privacion, ò quando contraviene à la condicion impuesta en el matrimonio prevenido por el Fundador: (Dom. Molin. *lib.* 2. *cap.* 13. *n.* 22. *circa medium*: *idque magis in specie dixit* Bald. vbi inquit: *Quod si filiæ familias aliquid relictum fuerit, si Titio nubat, ipsaque parata sit Titio nubere, à parente tamen impediatur, filia debeat consequi relictum, ac si conditio verè impleta fuisset; ex eo quod indecens sibi esset, absque parentis voluntate nubere, paterque honeste pretendere posset, suo arbitrio filiam matrimonio collocare: idque verum, ac probabile mihi videtur.* Sanch. *de Matrim. lib.* 1. *disput.* 33. *n.* 13. Pat. Molin. *disput.* 613. *n.* 8. Gutierr. *de Matrim. cap.* 20. *n.* 11. latæ, & optimè Dom. Castill. *lib.* 4. *Controvers. cap.* 25. *per tot. & de ration.* optimè Franc. Mar. Mucetul. *Dissert. Theolog. Legal. de Sponsalib. dub.* 1. *per tot.* vbi Maszoq.) ò impide, que tenga efecto en el tiempo prefinido; (Plenè Dom. Castill. *in terminis loc. cit. vbi supr.*) quanto mas, podrà el dissenso de el Padre, hallandose no solo aprobado, sino exigido como condicion precissa por estos Fundadores, dilatar el matrimonio mucho tiempo despues de la succession? Y si esta no puede hallarse suspensa, no pudiendo hazer transito de la hembra legitimamente impedida por los mismos Fundadores, es precisso, que en esta se aya de establecer.

29 En caso de estar casada la hembra succesora con extraño, al tiempo de la vacante, los Fundadores mandan aya de succeder tan plenamente como si huviesse cumplido la condicion; de que se infiere, que el matrimonio està impuesto por via de modo, en las que se hallassen en estado honesto al tiempo de la succession; pues

si

si fuesse condicion, quedarian excluidas aquellas, siendo efecto suyo, el que no verificada, sea por caso, ò culpa, excluir de la succession: (Cardin. de Luc. *de Legat. discurs.* 29. *n.* 9. *Alterum item notabilem effectum ponderabam resultare ex dicta differentia inter conditionem, & modum, quoniam primo casu, non spectatur an, non implementum conditionis, resultet ex dolo, & malitia, nec, ne, quoniam sufficit, vt ea non sit impleta, seu sit defecta, cum in conditionalibus attendatur nudum factum : Et de Testam. discurs.* 85. *n.* 3. *&* 6.) Y si la que està incapaz de obedecer, se admite, còmo se avia de excluir à la que està habil, sin que le sea imputable, no tener efecto el matrimonio apetecido? Ni obsta la impossibilidad de aquella, y habilidad de esta; pues si fuera condicion, no pudiera succeder la casada con extraño: (Cardin. de Luc. *loc. citat. & de Testam. discurs.* 73. *à n.* 36. Dom. Larr. *decis.* 59. *per t.* Dom. Molin. *lib.* 2. *cap.* 13. *n.* 33. Avend. *in leg.* 45. *Taur. Gloss.* 2. *n.* 1.) como assi lo previnieron los Fundadores, n. 18. 31. 32. y 33.

30 Fuera de que, si aquella porque no puede se admite; por què se ha de excluir, la que aunque no ha contraìdo, no se le puede imputar no aver obedecido? No bastando su voluntad, pues es condicion mixta, y la falta de vn extremo impossibilita el exito. (Author. citat. vbi proximè, præcipuè D. Molin. *dict. cap.* 13. *n.* 21. *Si vero is solvendo non sit, conditio non pro defecta, sed pro impleta necessario habenda erit, alias namque Majoratus successor, absque culpa sua, omni Majoratus emolumento privaretur, quod nimis absurdum futurum esset.* Melius n. 25. & seqq. *Alias namque, proximior successor, atque primo loco vocatus, Majoratus successione absque culpa sua privaretur, & successio Majoratus ad remotiorem cognatum, vel agnatum, adversus ejusdem voluntatem institutoris devolveretur, quod nullo pacto in rectum sensum cadere potest.* Ubi Addent. D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 115. *n.* 12. *&* 13.) El habilitar ambos extremos, ni estuvo, ni està en poder de el Fundador, ni de las llamadas; si pues se admite la que voluntariamente se inhabilitò para obedecer, còmo le podrà excluir à las que si al tiempo de la vacante no huviessen obedecido, no se les puede imputar esta omission?

31 Es efugio muy leve; dezirse por Don Bartholomè, que este fue caso especial, y de que como tal no se puede deducir à los demàs ilacion, porque esto mismo persuade, lo que và fundado; pues tanto haze, el no aver casado la hembra con varon de el apellido, ò el no aver contraìdo con alguno para el fin por los Fundadores apetecido, de resucitar en su descendencia, por medio de el gravamen, la agnacion. (Cardin. de Luc. *loc. citat. de Testam. n.* 27. vers. *In his. Ac similibus casibus contra omnem legalem, ac naturalem rationem, videtur opinio, quæ excusat contravenientem, atque hujusmodi dispositionis precissam observantiam neget : dum constat quod principale intentum Testatoris directum fuit ad favorem familiæ, ac bonorum conservationem, in ea quæ ex matrimonio resultare debet; fœminæ verè vocatæ ac honoratæ fuerint, tanquam medium, & instrumentum, per quod hujusmodi finis impleatur.* Peg. de Exclus. &

In-

Inclus. cap. 14. *n.* 120. & 121.) Fue caso especial, pues à no averse hecho aquella prevencion, se creeria excluida la hembra, (*Auth. citat. supr. num.* 29. optimè Dom. Matut. *Disquisit. Legal.*36. *per tot. præcipuè à n.* 27.) y si esto sucediera, estando el gravamen impuesto à todas las hembras por via de modo, en cuyo caso serian de mejor condicion las que estuviessen habiles, aunque no huviessen contraido; como se ha de creer se halla impuesto como condicion el matrimonio, que excluyendo à las capazes, incluye à las que voluntariamente se indispusieron?

32 Menos obsta dezir, que la Doña Raphaela no ha contraido despues de la vacante, aviendo intermediado tanto tiempo, que aunque no fue prefinido por los Fundadores, debe suplirse por la disposicion de Derecho, por el que se concede vn año, y menos, segun las circunstancias, à arbitrio de el Juez: (Authent. *hoc amplius, C. de Fideicommiss.* Dom.Molin. *lib.*2. *cap.* 14. *à n.*13. Dom. Castill. *lib.*5. *cap.*115. *per t.*) de modo, que por esta regla, aun quando la Doña Raphaela n. 58. huviesse de succeder al tiempo de la vacante, por no aver cumplido, como debia, se halla resuelto su llamamiento.

33 Porque esto es suponer, que el matrimonio està impuesto como modo, y no como condicion: lo otro, porque no aviendo los Fundadores prefinido tiempo alguno para el matrimonio, ni puesto otro termino à la administracion, que hasta que este se contraxesse; no puede tener lugar la limitacion de el año; pues còmo passado este, avia de quedar excluida; quando la administracion, solo tiene por termino el matrimonio absolutamente? (*Text. expres. in leg.* 10. *ff. de condit. & demonst. Hæc conditio, filiæ meæ cum nupserit, talis est, ut is qui testatus est, impleri solum modo conditionem voluerit, non satis egerit, quando. Et in leg.* 91. *eod.* vers. *Illa verò. Si filio meo nupserit, vel vivente, vel mortuo testatore, impleri potest; & prima quidem, ac tertia, ex his conditionibus, infinitum tempus habent. Quandoque enim nupserit impletur conditio.*) Ni còmo podia ser la dilacion de el matrimonio vn año, y aun menos, à arbitrio del Juez, quando los Fundadores previenen, que las rentas de cada año, se empleen en bienes, que agregan à los Mayorazgos? Còmo avia de tener lugar, la agregacion de bienes, de las rentas de cada año, si vn año solo avia de durar la administracion? Si el legado de cada año, hasta que la hembra contrayga matrimonio, importa vn legado annuo, comprehensivo de tantos, quantos corriessen hasta el matrimonio, (*Leg.*3. & 11. *ff. de ann. legat. Leg.* 17. *ff. eod.* ibi: *Legatum ita est, Attiæ donec nubat, quinquaginta, damnas esto, hæres meus, dare, neque adscriptum est in annos singulos. Labeo, & Trebatius præsens legatum deberi putant, sed rectius dicetur, id legatum in annos singulos deberi.* Ubi Acurs. ibi: *Quia nempè articulus donec, id arguit qui continuam quandam, & assiduam prestationem supradictæ summæ significat, usque donec Puela nubat::: idem etiam efficiunt articuli dum, usque adeo, dum,* & verb. *Singulos. Scilicèt quousque nubet, & omni anno habebit legatum sunt igitur paria quandiu nubes, & singulis annis,*

nis,

nis, quandiu nubes, sicut si lego tibi vsumfructum quandio vives, vel usque ad decenium; tale est quoad repetitionem ac si legassem singulis annis:) Còmo teniendo por fin, la administracion interina, el matrimonio de la successora, ò aviendo de durar, hasta que esta contraxesse, puede limitarse à vn año solo, ni aun à algunos mas, siendo prudente el arbitrio de el Juez?

34 Esto procede con mas rigor, siendo vna condicion mixta, cuya purificacion no està en el arbitrio de la successora. No es con determinada persona, cuyo requerimiento podia constituirla en terminos; de practicar las diligencias, que le fuessen necessarias para acreditar su obediencia: (Dom. Molin. *lib. 2. cap. 13. n. 14.* vers. *Quod conditio mixta; cujus implementum pendet ex voluntate alterius, ex institutis, veluti conditio contrahendi, habetur pro impleta, quando impeditur ex facto illius tertii, ex cujus etiam voluntate, pendet ejus implementum. Ex leg. 14. tit. 4. partit. 6.: Ideoque qui ex Majoratus institutoris praecepto, aliquam mulierem adstrictus est, accipere solet requirere illam, vt cum illo contrahat, illa autem id facere recusante, libere cum qua voluerit absque paena privationis, contrahere poterit.* Et n. 15. vbi Addent. optimè Gutierr. *de Matrim. cap. 20. n. 17. 18. & 19. in pulchro cas.* Marescot. *lib. 1. cap. 44. pert.*) Esta no puede evidenciarla, sinò por la no contra vencion, (Card. de Luc. vbi sup. *Neque praecisè cogitur ad adimplendum, sed sufficit non contra facere, atque se promptam exhibere, testatoris praeceptum servare, quando praebevit occasio*) y assi limitar el tiempo, que no hizieron los Fundadores, seria privar sin culpa à las que estos admitieron. Y finalmente siendo cierto, que ni corre la regla de el año, ni el arbitrio judicial, aun en los casos que puede tener lugar, quando està impuesta la pena de privacion: (Dom. Molin. *loc. citat. cap. 14. n. 19. Nec annus, in eadem lege contentus, restringi poterit ex eo quod ad hujusmodi oneris implementum, minus tempus sufficere videatur; nam quamvis verum sit, quod ex causa judex, regulariter valeat terminos à lege assignatos, restringere, seu prorrogare: id tamen non procedit, quando lapso termino, alicui ponitur paena privationis, vel alia similis, tunc namque judex etiam ex causa non potest hujusmodi dilationem restringere:*) estandolo en este caso, la dè los frutos todos, no puede correr la pretendida voluntaria limitacion.

35 La mente de los Fundadores en la administracion interina, fue estrechar à las successoras, para que obedeciessen, privandolas de todos los emolumentos. Podia suceder, no estuviesse de parte suya, sino de el otro extremo el defecto. En este caso era iniquo excluirla, ò prefinirle termino, en que sin culpa suya, quedasse privada, de vna quantiosa succession. (Addent. ad D. Molin. *lib. 2. cap. 15. n. 19.* vers. *Secundo, quoniam is qui eam conditionem, seu modum imposuit, solum intendit, quod si culpa gravati, talis conditio, seu modus deficeret, dispositio esset nulla. Tertio ex adduct. infra n. 20. & 26. Ubi si tales conditiones non deficiunt culpa gravati, sed aliquo casu fortuito, vel culpa alicujus tertii tenet dispositio.*) A ambos fines se ocurriò, no prefiniendo termino alguno al matrimonio: ni otro, que

este,

ẽ ſte ; à la Adminiſtracion, pues aſsi ſe impedia el defecto, y no caſti-
gaba culpa, que no avia, eſpecialmente quando en algun tiempo, po-
dia tener efecto, el fin que avian apetecido.

36 Pero aun quando ſe debieſſe limitar el tiempo à ar-
bitrio del Juez, no obſtante el tiempo que ha paſſado, ſin que la Do-
ña Raphaela haya efectuado ſu Matrimonio en el modo prevenido,
no ſe le puede excluir de la ſucceſsion. Para eſto es neceſſario, que
huvieſſe precedido requerimiento de legitimo intereſſado, immedia-
to ſucceſſor, mandato de el Juez, con ſeñalamiento de termino, y
pleno conocimiento de cauſa, que la Doña Raphaela no huvieſſe
cumplido, y fueſſe convencida plenamente de no averlo executado,
por omiſsion culpable, y eſto en diferentes juicios (Dom. Caſtill. *lib.*
5. Cap. 115. *n.* 22. verſ. *Veriſsime circa med. & ſic neceſſe eſſe quod legiti-*
me facto proceſſu ſuper contemptu oneris ſententia, declaratio, & pri-
vatio ſubſequatur, nec ſolam monitionem ſufficere, & n. 24. *& in Cap.*
55. *n.* 46. *& ſequent.* Menoch. *conſ.* 301. *n.* 18.) y no aviendo verificadoſe,
no ſolo todos, pero ni vno ſolo de dichos requiſitos, es impoſsible
privar à Doña Raphaela de la ſucceſsion.

37 Mas, ò el precepto eſtà impueſto como modo, ò
como condicion? Si lo ſegundo, puede cumplir la Doña Raphaela en
qualquier tiempo, ſin que por arbitrio del Juez ſe le pueda limitar:
ſi lo primero, aunque en eſte caſo, es la regla que ſe puede por el
Juez prefinir termino atendidas todas las circunſtancias, eſto ſolo
procede quando en la diſpoſicion modal adquiere el ſucceſſor, el to-
do de los emolumentos, como regularmente ſucede: pero quando el
llamado, no percibe coſa alguna haſta q̃ ſe aya verificado el precep-
to, entonces debe obſervarſe la regla de las condiciones. La razon
de todo es, porque como la condicion impida la adquiſicion, y no el
modo, el ſucceſſor interin no ſe verifica aquella, queda perjudicado,
lo que no ſucede en el modo. Aqui puede correr el arbitrio, no alli,
no ſiendo creible, que el ſucceſſor que pierde los emolumentos, haſta
que ſurta efecto la condicion, dexe de cumplirla por defraudar la
diſpoſicion, lo que por razon opueſta ſe preſume en el modo. (Dom.
Caſtill. *loc. prox. citat. n.* 27. verſ. *Tunc autem inquirendum erit, utrum*
in præcepto noſtro, & conditione nubendi apoſito, ſit aliquod ſpeciale
diſcrimen, inter conditionem, & modum, circa tempus ſcilicet, intra
quod, præceptum ipſum debeat adimpleri? Et quidem ex ſupradictis
apparet, maximam eſſe differentiæ rationem inter conditionem, &
modum, quoad tempus ipſum præcepti implendi; nam vt dictum fuit,
conditio ea ſi nupſerit, non habet tempus limitatum, ſed potius infini-
tum: modum autem, & gravamen de contrahendo matrimonium, cum
aliqua conſanguinea, aut conſanguineo fundatoris, & cæteras diſpoſi-
tiones, quæ admodum in dubio referuntur, vt late ſupra, tenetur ſuc-
ceſſor adimplere, quam primum poſsit, poſt partis, aut intereſſe pre-
tendentis interpelationem, & terminum à judice præfixum, idque ex
natura Majoratus ipſius, & acquiſitionis jam factæ, atque ex præ-
ſumpta inſtitutoris voluntate. Et ratio fundamentalis differentiæ ſtat
in prompta; nam in diſpoſitionibus conditionalibus, conditio impleri
de

debet, ante emolumentum quæsitum, & ante quam actus perficiatur :: atque ita in ejus damnum redundabit, si differat conditionem implere, cum interim non adquirat; nec utatur, fruatur, & ideo tempus implendi conditionem non restringitur :: cæterum in dispositionibus modalibus :: cum modus non impediat, nec suspendat acquisitionem, sed resolvat dispositionem in casu modi non impleti, atque ita gravatus statim acquirat, bonorumque possessionem apprehendat, eisque utatur, fruatur non ita terminus protrahitur, sed potius restringitur; atque ad interpelationem partis constituitur.) Y assi siempre que cessa la razon de aquella diferencia, debe cessar el arbitrio, en el modo, como en la condicion: y siendo evidente, que la successora en estos Mayorazgos, no percibe cosa alguna de los frutos, en virtud de las Clausulas 4. y 14. hasta que aya surtido efecto el matrimonio; ya se considere este como condicion; ò modo, no se le puede prefinir termino alguno, y mucho menos, por no aver tenido efecto privarle de la succession.

38 Ni obsta, el que la condicion de el matrimonio, està impuesta con mas rigor, en la Fundacion, de el Don Garcia n.27. y 28. porque esto es totalmente incongruo, para el presente caso: pues la pena de privacion de la hembra, no està impuesta à la que no huviesse contraìdo, al tiempo de la vacante, sino à las que contraxessen de otro modo, que el prevenido: (Peg. *loc. citat. n.*158. junct. Cardin. de Luc. *loc. citat.* sup. Dom. Castill. *lib.*3. *cap.*7. *n.* 31. Mier. *part.*2. *quæst.*5. *n.*7.) y aunque el mayor rigor es cierto; pues de tal suerte apetecieron la succession de las hembras, hijas de la que estuviere casada con extraño, al tiempo de la vacante, con exclusion de los varones, que las llamaron, aunque translineasse el Mayorazgo, lo que no sucede en el fundado por los nn. 14. y 15. en que los varones tienen llamamiento subsidiario; pero como este rigor, solo mira, à excluir los varones de extraña familia, y la translineacion, para buscar las hembras, porque en ellas podia resucitar la agnacion, no persuade, que dicho gravamen estè impuesto como condicion, sino que las hembras solas estàn llamadas, porque pueden cumplir tenga efecto, ò no, al tiempo de la succession.

39 Todo lo dicho procede, aun quando el gravamen se creyesse impuesto à todas las hembras, en ambos Mayorazgos, pero no es assi en el fundado por los n.14. y 15. hizieron estos dos classes de llamamientos, vno de sus hijos, n.25.27.26. y 24. y de sus descendientes, y en estos constituyeron el Mayorazgo regular; otro de Doña Juana, Doña Mencia, y las hijas de Don Lorenzo, D. Diego, y D. Fernando Villavicencio, y en estos el Mayorazgo fue femenino, à lo menos impropriò; esto supuesto, quando llegan à imponer el gravamen, expressan que si por faltar generacion, y descendencia de el dicho su hijo, y de las dichas sus hermanas, faltàran Varones, que huviessen de succeder, y succediessen hembras, por la orden, y llamamiento, que llevaban referido; querìan, y mandaban, por especial gravamen, dicho Matrimonio; de que se deduce, que el expressado gravamen, no està impuesto à las hijas de los Fundadores, y demàs

mas de la descendencia, sino solo à aquellas, à quienes incluia en la segunda classe de sus llamamientos. (Dom.Castill.*lib.*5.*Cap.*181.*n.*31. *circa medium, & generaliter, in materia relationis, aut repetitionis, quod qualitates, aut conditiones capitis, aut clausulæ precedentis, vel posterioris, non applicantur, sive non referuntur ad clausulam, vel vocationem, in qua specificè apposita est, qualitas aliqua, aut conditio singularis & expressa.*)

40 Esto se persuade, de que quando imponen aquel gravamen especial, es por la falta de generacion, y descendencia de sus hijos; luego el gravamen fue limitado, à las demàs hembras, y no comprehensivo de las de su descendencia. Las particulas generacion, y descendencia son comprehensivas de ambos sexos: (Dom. Molin.*lib.*3.*cap.*4.*n.*10.vers.*Quod etiam.*)Luego à falta de los descendientes de ambos, es quando imponen el gravamen à las hembras, assignar por causa de el gravamen, la falta de varones, por la falta de generacion, y descendencia de sus hijos, solo puede mirar, à aquellas hembras menos dilectas, y de diverso apellido, que antes avian llamado, y en quienes por medio de dicha condicion querian conservar su memoria, y su familia, (Ex plurib.Peg.*de Exclus.& Inclus.Cap.* 14.*à num.*72.Cardin.de Luc.*vbi supp.num.*31.)Verdad es, que impusieron el gravamen, por la falta de varones, pero esto no infiere, que siempre que estos faltassen, todas las hembras huviessen de sufrir el precepto; pues como la falta de varones, en la clausula, viene regida de la falta de generacion, y descendencia de sus hijos, la expression de Varones, no persuade ser comprehensivo el gravamen de todas las hembras, antes sì, la falta de varones, por falta de la generacion, y descendencia de sus hijos, como comprehensiva de ambos sexos, declara estar limitado el gravamen à las hembras de la segunda clase de llamamientos.

41 Esto se evidencia, haziendo reflexion, à que entre sus hijos, estaban llamados varones, y hembras, por la orden regular; en la segunda clase, estaban las hembras, solo llamadas, los varones excluidos. Por esto aunque el gravamen impuesto à las hembras fue à falta de varones, pero con oportuna relacion à la antecedente: pues no pudiendo aver varones, que huviessen de suceder, sino en la generacion, y descendencia, de sus hijos; imponer à las hembras el gravamen, por falta de varones, que huviessen de suceder, por falta de la generacion, y descendencia de sus hijos, fue declarar limitaba el llamamiento à las hembras, que avia llamado, quando el Mayorazgo avia de ser femenino; demostrandolo, quando añade; *segun el orden, y llamamiento referido.* (*Mem. n.*38.) que solo es, à lo dicho referente. El gravamen està puesto, en la condicion defectiva de sus hijos, su generacion, y descendencia: Luego à estas no se puede referir, pues seria imponer el gravamen à las hembras de su descendencia, y imponerlo à falta de estas.

42 De otro modo, seria superflua la causal, de la falta de descendencia, y generacion de sus hijos: pues si el gravamen

 fuesse

fuesse extensivo à todas las hembras; no faltaria la descendencia, y generacion, aunque se verificasse la falta de varones; y mas quando es verisimilimo, que por la mayor predileccion, no quisiesse en sus hijos, y su descendencia, el gravamen que imponia à los otros: (Dom. Sarm. *lib.* 8. *Select. ad leg.* 1. *de legat.* 2. *n.* 9. *& 10. Quæ omnia vera sunt nisi sit filius is, cui onus est adjectum, nam in eum, non ita levi ofensa, pater indignatus videbitur, quem non solum lex nova de hæred. & falcid. in* §. *Siquis autem à pena eximit, quod & antiquo jure observatum stitit: vt in leg. Tutor petitus in* §. 1. *de excusat. Tutor. Ubi filius non amitit vtilitatem, quod onus tutelæ à Patre injunctum recuset, alij vero privantur, nisi testator contrarium expresse disposuerit: ecce vbi jura metipsa distinguunt causam filiorum ab extraneorum jure, vt filij scilicet, non amitant vtilitatem quamvis onus à Patre injunctum recuset, alij verò amitant; idque totum ex verisimile, & præsumpta voluntate deducitur*); si no se expressa, no se extiende el gravamen, quando entre vnas, y otras personas ay diversidad de razon. (Optim. Dom. Castill. *lib.* 5. *cap.* 181. *à n.* 12. *& 32. Unanimiter omnes probarunt, quod relatio, & repetitio, non fit ad omnia precedentia, vbicumque diversa ratio militat, seu diversitatis ratio reddi potest: quod extensionis materia fundatur in identitate rationis, & quod extensionem impedit qualibet disimilitudo, & ratio contrarium suadens, etiam vbi ratio est expressa, & materia est extensiva, & quod sola dubitatio, an in vtroque casu bigeat eadem ratio impedit extensionem, aut repetitionem.*) Por esto, añadiò, *por especial gravamen*, como que a via de serlo, para las hembras de segunda clase: pues de otro modo, no solo seria superflua, sino repugnante; pues no podia llamarse especial, si fuesse à todas las hembras comun, ni menos respecto de los varones, ò de otros gravamenes, à ambos sexos comunes: pues con este respecto sin expressarlo, era notoria la especialidad.

43 Aviendo mandado la administracion, interin que la hembra contraxesse, añaden, que esto se hiziesse *todas las vezes, que succediesse en este Mayorazgo hembra, que se huviesse de casar con Cavallero de el linage Davila de Varon*: Luego suponian hembras, que no tuviessen esta obligacion: porque si todas la tuvieran, era superflua aquella demonstracion: antes huvieran expressado, que siempre que succediesse hembra, huviesse de verificarse la administracion. Y mas quando se vè en estos Fundadores, tan distante expression de las, de los num. 18. 31. 32. 33. 27. y 28: pues porque su animo fue incluirlas à todas, lo expressaron claramente; lo que huvieran practicado estos Fundadores, si fuesse su voluntad. (Cardin. de Luc. *de Fideicommiss. discurs.* 91. *n.* 16. *& sequent.* optim. Dom. Castill. *lib.* 5. *cap.* 64. *n.* 22.)

44 Especialmente, quando no es creible, que quisiera imponer vna condicion tan gravosa, como privar à sus hijas de los frutos de el Mayorazgo, que avian de servir de aumento, à favor de transversales, ò extraños; pudiendo suceder no tuviesse efecto el matrimonio, ò por enfermedad, mucha edad de sus hijas, ò por otra cau-

causa, q inculpablemente las hiziesse menos oportunas para el matrimonio; subiendo al mas alto grado la inverisimilitud, aviendo negado à la hembra, interin no casasse, el todo, y parte de sus rentas, *por qualquier causa, aunque fuesse vrgentissima*: (*Mem. n.* 38.) vna negativa de tanta amplitud, era cruelissima en caso, que por enferma, anciana, ò pobre, se viesse precissada a mendigar, negandole su Padre los alimentos, de el tercio, solo porque sin culpa, no tenia efecto esta condicion, sirviendo la ultima escasèz de los descendientes, para enriquecer à transversales, y extraños.

45 Estos inconvenientes, no proceden, en las otras hembras, en quienes ni se verificaba la predileccion, y obligacion que el Padre tenia, respecto de sus hijas, y demás hembras de su descendencia: y assi pudieron excluirlas, de la percepcion de el todo, y qualquier parte de frutos, hasta que tuviesse efecto el matrimonio; resultando de lo dicho, la inteligencia de todas las expressiones de los fundadores, en que expressan el Matrimonio de la hembra: ibi: *Que si la hembra successora :: que de esta tal hija :: sino la hija hembra la mayor* (*Mem. n.* 40. *y* 41.) pues son respectivas à las hembras de segunda clase, sin que se halle vna palabra sola, que indique la generalidad.

46 Admiten la hembra, que al tiempo de la vacante, estuviesse casada con extraño; y còmo es creible, que quisiessen imponer el gravamen à las hembras descendientes, quando admiten la transversal, que voluntariamente se constituyò incapàz, de obedecer? En este caso, llaman, sus hijas hembras, y no los varones, quando, entre todos sus descendientes hazen llamamiento regular. Esta diversidad, no podia proceder, si el gravamen fuesse, de todas las hembras comprehensivo, porque ò cumplian, ò no? Si lo primero: en todas se observa el orden regular; si lo segundo: todas se excluyen; si al tiempo de la succession, avian contraido con extraño, igualmente se admiten; luego para que se pueda verificar la distincion de llamamientos, y modo de succeder, que en vnas, y otras hembras establecieron los Fundadores, es necessario suponer, el gravamen, solo à las hembras, no descendientes, respectivo.

47 No es menos clara la exclusion de el Don Bartholomè, si se reflexiona, que aun en el caso de admitirse, la casada con estraño, aunque las llamadas son las hijas de este matrimonio, no estàn excluidos absolutamente los varones, sino en el caso de averlas. En esta hypotesi, el varon se admite, aunque sea de estraña familia: (*Mem. n.* 41.) de que resulta, que mas quisieron el orden de succeder lineal, que el fin apetecido en el precepto; còmo pues, puede incluirse Don Bartholomè *n.* 61. siendo de distinta linea aviendo hembra, que puede obedecer: quando aunque huviesse solos varones, en la primogenita, y de possession no debia translinear? Si no obstante el fin que deseaban, admitieron el varon estraño, dentro de la linea, aunque en otras huviesse hembras capazes, ò tuviesse deudos Varones de su apellido, deberia ser excluido el D. Bartholomè, quando ay hembra predilecta, que puede cumplir, estando tàn distantes los Fundado

res

res de la translineacion, que admitiò en su Mayorazgo el Don Garcia.n.28.

48 Finalmente considerando, que el Don Bartholomè n.61. no desciende de el n.25. primer mejorado, y confundador, y debiendo observarse el orden de la 27. de Toro, con respecto à los descendientes, de el primer mejorado, y no del mejorante, (Velazq.de Avend.*in leg.27.Taur.Gloss.2.n.6.*) no puede preferir à la Doña Raphaèla n.58. el D.Bartholomè n.61. aun quando debiesse aver casado, ò huviesse contravenido. Y aun quando esta opinion no fuesse la mas segura, es verisimil, que no quisieron los Fundadores, y mucho menos el n.25. que tuviesse lugar vna condicion, que en perjuicio de su descendencia hiziesse lugar à sus transversales; en cuyo caso, ni aun corre la opinion contraria, en que la descendencia se atiende respecto del mejorante, (Gutierr. *lib.3. Pract. quæst. 53. n.3. vers.2. & melius, & plures. Ibi ab eo citat.*) pues aviendo el n.25. agregado sus legitimas, debe seguir todo el Mayorazgo, el orden que estas llevan, à favor de los descendientes de el mejorado; siendo decisiva à favor de la Doña Raphaela n.58. la opinion media consiliativa: (Rox. *part. 1. cap. 6. à n. 237. vbi optim.*) pues siendo descendiente de los Fundadores, y de el mejorado, debe preferir notoriamente al Don Bartholomè n.61; que desciende solo de los Fundadores.

PARTE II.

SIN EMBARGO DE LAS CLAVSULAS 4. Y 14. Mem. n.38. y 48. la Doña Raphaela debe percebir los frutos de estos Mayorazgos, à lo menos en la cantidad congrua, para vnos alimentos competentes.

49 NO es dudable, que los Fundadores pueden imponer en sus Mayorazgos qualesquier condiciones, y en especial, la de hazer alguna agregacion, (Dom. Castill. *lib.5. cap. 64. per tot. Et cap.107. per tot. & 79.* ex plurib. Aguil. ad Rox. *part.1. cap.7. à n.47.* Addent. ad Dom. Molin. *lib.2.cap.11.n.8.* vbi etiam Maldon.) y ordenar el destino de las rentas de sus Mayorazgos, para mayor aumento suyo: (Cardin. de Luc. *de Tutor. discurs.14. n.8.& loc. infra.* citand. Dom.Salgad. *part.2. Labyrinth. cap.24.*) pero no pueden privar absolutamente à los Posseedores, de el todo de los frutos, y especialmente en Mayorazgos de tercio, y quinto.

50 Esta verdad se convence, atendida la naturaleza de los Mayorazgos, de estos Reynos, la que obliga à todos los Posseedores, à alimentar à sus hermanos pobres, y dotar à las hembras, competentemente. Esta naturaleza de los Mayorazgos, proviene de la immemorial costumbre, que haze el que se crean todos instituidos,

dos, baxo esta precissa condicion; (Dom.Molin. *in annotat. lib.2.cap. 15.n.58. & 59. Dixi fratrem antiquissimi Majoratus possessorem, teneri fratrem alere, & Sorores dotare ea ratione, quod frater dives, teneatur fratres, & Sorores pauperes alere, & dotare, qua in re animadvertendum est; non ex hac sola ratione, hanc alendi, & dotandi obligationem, originem duxisse, sed etiam ex ea; quod Majoratus institutio, ex horum regnorum consuetudine, ea lege facta fuisse videatur, ut filius primogenitus, familiæ caput, roburque sit, fratresque, & Sorores degentes alere teneatur; quæ obligatio, in omnes primogenitos transfunditur, atque in ipsorum Majoratuum propriam, atque peculiarem naturam convertitur.*) de que se infiere, que si los Posseedores todos estàn obligados à alimentos, y dotes, respecto de sus hermanos por precissa, y peculiar naturaleza de los Mayorazgos; con quanta mas razon los Posseedores deberàn percebir, ò el todo de los frutos, ò la parte que baste para competentes alimentos? Y si esto es essencial constitucion de todos los Mayorazgos; quanto mas lo serà en los Mayorazgos de tercio, quinto, y legitimas, en que es vn descendiente el Posseedor?

51 Este fundamento concluye con evidencia la conclusion establecida, como aparece de el Avendaño, (*de Censib. cap. 53.n.11.circa medium: Cujus resolutio in debitis censualibus vera non est, quia indistinte, possessoribus Majoratus habentibus, vel non jurisdictionem, ex ipsa natura, atque justitia census, alimenta, jura, reservaberunt, ut supra late dictum est; & similiter in aliis debitoribus censualibus non procedit, ut quia alimenta non ex sola dignitate, atque jurisdictione, debita sunt; sed ex ea potissimum ratione: quia si possessores ipsi Majaratus, tenentur præstare alimenta fratribus, atque sororibus, ex tacita institutoris voluntate, adeo quod, prædicta alimenta, reputantur de vita primi institutoris, ut colligitur ex traditis* à Molin. *lib.2. de Primogeniis, cap.15.n.44. A fortiori, ex ipsa conjecturata mente institutoris deberentur possessoribus ipsius Majoratus, in quibus persona, honor, familia, nobilitas, atque descendentia ipsius primi institutoris repræsentatur, hæc enim ratio generalis, quæ fundatur in mente institutoris, & simul provenit à natura Majoratus, quæ dignitas est, omnibus eorum bonorum Majoratus, possessoribus convenit.*) que en terminos de acreedores, resolviò contra ellos, à favor de el Posseedor; infiriendo de la obligacion, que estos tienen, à los alimentos, y dotes de sus hermanos, la mayoridad de razon con que deben reservarse, à los Posseedores, en quienes se conserva la familia, nobleza, y descendencia de los Fundadores, contra qualesquier acreedores; y si no obstante el perjuicio de estos, los Posseedores deben percebir alimentos, por ser naturaleza propria de los Mayorazgos; con quanta mas razon deberà percebir la Doña Raphaela n.58. ò el todo de los frutos, ò competentes alimentos, quando la naturaleza de estos Mayorazgos es mas favorable, la representacion de los Fundadores, conservacion de su nobleza, y descendencia, es la misma, y el perjuicio de el acreedor, mucho mayor?

52 Los alimentos, y dotes de los hermanos, son tan precissos en todos los Posseedores, por la naturaleza de los Mayorazgos, que se reputan, como deuda de los Fundadores; (Avend. vbi supp. *Adeò quod ipsa alimenta, reputantur debita, primi institutoris.*) y estando estos à ellas obligados, y en su representacion, todos los successores: quanto deben considerarse mas debidos, à los successores mismos, en estos Mayorazgos, que representando la persona de el Fundador, deberian preferir à los acreedores, y mas siendo descendientes, especialmente aviendo cumplido, y cumpliendo con todos los gravamenes, y condiciones, que estàn en su potestad; y en el que no depende puramente de su arbitrio, haze lo que puede, y debe, que es no contravenir. (Cardin. de Luc. *loc. citat. ubi supp. n.*18.)

53 Los expressados fundamentos se querràn acaso precaber, suponiendo no proceder, quando los Fundadores expressamente destinan las rentas, en mayor aumento de sus Mayorazgos, por tiempo ilimitado, ò prefinido; con el apoyo, de que dichos alimentos nacen de la verisimil voluntad de los Fundadores: (Avend. *vbi supp. num.* 51.) la que no pudiendo verificarse, aviendo contraria voluntad, no puede persuadir, contra dichas clausulas, la percepcion de frutos, que intenta la Doña Raphaela tener.

54 Este efugio, manifiestamente se excluye, considerando, que los alimentos de los Posseedores, y sus hermanos, en perjuicio de los acreedores, no se fundan vnicamente en dicha verisimilitud, sino en el essencial constitutivo de los Mayorazgos, por lo que se reputan deudas de el Fundador, (Dom. Molin. & Avend. *loc. citat. vbi suppra num.* 51.) y aunque aquella razon cesse, mediante las expressadas clausulas, permaneciendo aun la otra, vnica, que moviò para su decision, al señor Molina, no puede obstar à la pretendida percepcion. (Plene Dom. Castill. *lib.* 5. *Controvers. cap.* 174. *per tot.*)

55 En la hypotesi, que el Posseedor de este Mayorazgo, fuesse algun hermano de la Doña Raphaela, esta, constando, como consta de los Autos su pobreza, debia percebir, ò alimentos; y lo mismo en el caso de tener la Doña Raphaela hermanos pobres, deberian sin embargo de dichas clausulas, alimentarse con los frutos de estos Mayorazgos; y si no obstante, la Doña Raphaela, no siendo posseedora, ò siendolo sus hermanos pobres, deberian ser antes alimentados, que tuviesse efecto el expressado aumento, còmo ha de hazerse de peor condicion, por ser posseedora, estando justificada plenamente su pobreza, y sin que se le pueda imputar, la menor especie de negligencia, ò contravencion?

56 Pueden ordenar los Fundadores indefinida, ò limitadamente, assi en cantidad, como en tiempo, el destino de los frutos, en aumento de sus Mayorazgos, pero nunca puede ser en perjuicio de los alimentos de el Posseedor, especialmente quando estàn cumpliendo las condiciones, que estàn en su arbitrio, como de apellido, y Armas; porque primero deben ser deducidos estos, que pueda surtir efecto dicho empleo (Cardin. de Luc. *de Fideicomiss. discurs.* 188. *n.*11. *&* *discurs.* 190. *n.*6. *Voluntatis autem substantia in eo consiste-*

sistere, pro meo sensu videbatur; quod de jure, prohibente testatore, mediato, vel immediato successori in Fideicomisso, vel Majoratu, illam fructuum perceptionem, quæ alias sine dubio debita est, saltem debentur alimenta; ex disposit. Text. in leg. 1. Circa principium, ff. de ventr. in possess. mitend. cum concordant de quibus Surd. *de Aliment. tit. 1. quæst. 8. n. 4.* D. Salg. *in Labyrinth. part. 1. cap. 24. & 25. :: Idque si procedit, in terminis fortioribus ejus, qui speratur hæres, ac futurus successor, multo magis in isto casu, in quo jam successio efectum sortita est, atque successor cogitur proprium nomen, propriamque familiam abnegando, alienum nomen, & cognomen assumere.*) Lo que procede, no solo quando ay Posseedor actual, sino futuro: Luego no obstante las Clausulas, en que prohiben los Fundadores à las hembras, el percibo absoluto, de los frutos, ni parte alguna de ellos, hasta que tenga efecto el matrimonio; deberà à lo menos la Doña Raphaela percebir aquellas cantidades, que el superior arbitrio juzgare precissas, para alimentos segun lo ilustre de su clase, estando cumpliendo el gravoso precepto de nombre, y armas (Dom. Molin. *lib. 2. cap. 4. n. 21.* vers. *Ex qua ratione circa medium: Est enim maximum gravamen, hoc armorum, alienorum, delationis, & quod gravatum nimis adstringeret & gravanti, maximum emolumentum adduceret.*) que previenen los Fundadores, sin aver tomado estado à su libertad, por no contravenir al precepto.

57 Si esto procede en qualquier Fideicomisso, ò Mayorazgo, con mayor razon, debe verificarse en los de estas Fundaciones, siendo de tercios, y quintos, y legitima de el n. 25. en quienes verificandose propriamente la razon de legitima, à favor de los descendientes, assi como aquella no puede gravarse ni en la propriedad, ni en los frutos, tampoco puede proceder el destino, y empleo de frutos en perjuicio de los descendientes (Angul. *in leg. 11. Gloss. 2. n. 1.* vers. *Quod attinet ad tertium, quamvis non sit legitima uniuscujusque filii, satis est quod sit legitima inter filios, & extraneo dari non possit, ad hoc, ut nec admitat similem conditionem: pro quo est Text. in dict. Auth. ut liceat matri, & aviæ in princip.* ibi: *Hoc enim & extraneis relinquære poterant, unde nulla, parentibus, utilitas nasceretur. Quæ ratio excludit non solum legitimam, sed etiam tertium, quod cum extraneo dari non possit, licet uni filio dari, & alteri addimi permitatur cujusque tamen detur, semper Parenti utilitas, usufructus nascitur.* Gom. *in leg. 47. Taur. n. 11.*)

58 Por esta razon, no obstante el derecho, que el Padre tiene, à percebir el vsufructo, de los bienes adventicios de su hijo; si este se hallare fuera de la Patria potestad, no se podria imponer condicion, ò gravamen en el tercio de que le pertenecieissen el vsufructo. (Angul. *ubi suppra.* vers. *Ex quibus quamvis à contrario sensu, videatur deduci, quod si mater meliorasset filium in tertio, & adjecisset gravamen, ut Pater potiretur usufructu, valeret gravamen, id non est indistinte verum ::: unde si ex aliqua causa cessaret in Patre usufructus, non solum valeret conditio, eo casu, legi conformis, sed etiam nec valeret contraria, tunc enim reperiretur filius contra legem gra-*

va-

vatus, quod esse non debet, vt in dict. leg. Quoniam in prioribus, quò fit vt per contractum matrimonii filii, cessaret in patre, vsusfructus tertii, non obstante gravamine, quod pater potiretur vsufructu: nec prosit gravamen adjectum cum sit contra ordinem hujus textus qui non permitit, intento gravari filium, favore patris, nisi in defectum descendentium, quod gravamen non solum in proprietate, sed etiam in vsufructu verificatur: Gut. *lib.3. quæst.* 57. Dom. Castill. *cap.* 45. *n.* 23.) El orden precisso de la 27. de Toro, igualmente, que en la propriedad, procede en los frutos, de modo, que no se permite aquella especie de reintegracion de el derecho de el Padre, à el percibo de el vsufructo, aunque aya expressa disposicion, si por derecho el Padre no debe percebir los frutos.

59 La expressada ley no alterò lo que estaba antecedentemente dispuesto por derecho: y asi, porque por la Ley de el Reyno, el tercio era legitima de los hijos, conservò à el Padre, el vsufructo que de la legitima precissa, y determinada, debia percebir (Angul. *vbi supp. n.* 57. & 58.) conservando à el tercio respecto de los hijos, la naturaleza de la legitima, que antes tenia, concedido solo à los Padres, la eleccion para hazer propria, y determinada de vno, la que de otra suerte, se dividiria entre todos; y siendo evidente, que no vsando el Padre, de la facultad de elegir, no solo la propriedad del tercio, sino tambien los frutos, à todos perteneceerian, es consiguiente necessario, que los frutos todos deben pertenecer, al mejorado, supuesta la eleccion; no aviendo entre vno, y otro caso mas diferencia, que el que entre todos se divida, ò à vno solo pertenezcan. (*Leg.* 67. §.7. *de legat.* 2: *Rogo, fundum, cum morieris, restituas ex libertis, cui voles: quod ad verba atinet, ipsius erit electio, nec petere quisquam poterit, quandiu præferri alius potest, defuncto eo, prius quam eligat, petent omnes.*)

60 De lo dicho resulta, que si la Doña Raphaela, tuviesse Padre, no podia tener lugar la administracion, adquiriendosele el vsufructo, precissamente, sin embargo de el empleo de las rentas precitado: porque asi como la prohibicion de el vsufructo, no tiene lugar en la legitima, y si solo en aquellos bienes, que se pueden dexar à extraños, como esto no sucede en el tercio era de ningun efecto, la prohibicion. Pues si esto sucede en el Padre, què deberà observarse en el Posseedor? Si el ser legitima haze que al Padre, no obstante la prohibicion se le adquieran todos los frutos, còmo podrà obstar al mejorado quando respecto de èl tiene principalmente el expressado concepto.

61 La facultad de mejora concedida por la Ley Real, mirò à favor, de el Padre, y de los hijos. De aquel, porque aviendo de ser legitima precissa, y determinada, de los hijos todos, la hizo voluntaria, concediendoles la eleccion para gratificar, y remunerar, à quien quisiessen: à favor de estos, por averles aumentado la cantidad de la legitima, que por derecho comun tenian. Y aunque supuesta la eleccion, parece que el favor solo es de el mejorado, à los demàs no se sigue perjuicio, por aversele dexado integra la cantidad

dad por derecho consignada; y aunque les es favorable, porque la eleccion, es limitada entre solos los hijos, y no verificada la eleccion, se aumenta la legitima de todos: (Angul. *optim. in Rubric. de Meliorat. n.37.* verf. *Parentum. & n.38.*) Luego no puede el Padre privar de los frutos al mejorado; porque aviendo sido la facultad de elegir, para que pudiesse remunerar, y gratificar entre sus descendientes, al que fuesse su voluntad, y no pudiendo percebir, otro interesse de el tercio vinculado el elegido, que los frutos, què gratificacion se podrà verificar, teniendo solo, la nuda propriedad? Ni què favor, avria de el elegido, con semejante privacion? Ni còmo supuesta la eleccion, es legitima precissa, y determinada, de el mejorado, quando se le priva, de toda la comodidad, que à todos resultaria, no verificada la eleccion?

62 Esto se demuestra claramente en la colacion de los beneficios. Puede el Ordinario Eclesiastico, gratificar, à quien quisiesse, eligiendo entre todos el que fuesse su voluntad: (Dom. Molin. *lib.2. cap.4. n. 13. Quod comprobatur in simili, ex eo quòd de prælato beneficia conferente, dici solet; quamvis enim is conferendo beneficia, liberalitatem non exerceat:: in conferendo tamen beneficium vni, sive alteri, maximam liberalitatem exercet:: quo respectu, præbendarum colationes, donationes apelantur; in cap. Consultationibus, de donat. & cap. Venerabilis de præbend.*) cuya eleccion no obstante, no puede gravar à el elegido, en los frutos de el beneficio, en todo, ni en parte: (*Cap. 8. de Præbend. cap. vnic. vt Ecclesiasti a beneficia; cap. fin. 1. quæst.3.* Dom. Gonz. *in dict. cap.8. & vnic.* Fagnan: & omnes cum Dom. Molin. *Cap. proxim. citat. n.21.*) Luego la eleccion concedida al Padre, para mejorar entre sus descendientes à el que fuesse de su agrado no infiere, antes excluye la facultad de disminuir, ò privar al mejorado de los frutos: alli, es, porque sola la nominacion, ò eleccion, es de el Ordinario; los frutos los percibe el elegido por la Constitucion Canonica; estos son consequencia precissa de el Titulo Eclesiastico. No pudiera percebirlos, el elegido, si no lo fuera; pero ni el Ordinario pudo elegirlo de otro modo; ni supuesta la eleccion de ella le viene el percibo: Luego siendo el tercio legitima por la Ley Real, y de el Padre solo la eleccion, esta solo producirà el efecto, de que à vno solo pertenezca; pero no el que los frutos puedan padecer diminucion, como consiguiente precisso de la naturaleza, que le diò la Ley Real.

63 De la facultad de elegir, concedida al Eclesiastico, en los beneficios, infiriò el señor Molina, à la eleccion cometida en testamento. (Dom. Molin. *vbi supp. n. 62.*) De la cometida en la vltima voluntad, es ilacion legitima, à la facultad de mejorar; por esto aunque no ay obligacion alguna de llamar à la mejora à el transversal, en suposicion de la mejora, no se le puede gravar, contra la precissa forma dispuesta por la Ley; (Angul. *leg.11. Gloss.4. num.11. Non obstat quod iste Colateralis vocatus, tanquam honoratus videbatur, posse gravari, quoniam honor iste, qui resultat ex simili vocatione, seu electione, non est considerabilis ad gravamen:: Argument. leg.*

 Unum

Unum ex familia, §. *Sed si fundum*, *ff. de legat.2. Arguendo de electione commissa hæredi per testatorem, de qua ibi, ad electionem commissam testatori per legem, de qua hic*) asi como el Comissario, no puede gravar al electo (Dom. Molin. *lib.2. cap.4. à n.5. vbi addent. num.10.* Dom. Castill. *lib.5. cap.161. n.6.* Pat. Molin. *disput.579. n.5.*) porque aunque su eleccion haga, que el elegido goze de el Mayorazgo, ò Fideicomisso, no es su eleccion, la que le dà el Mayorazgo, sino la disposicion de el Testador. Despues de hecha la eleccion, se considera acreedor, en fuerza de la vltima voluntad; y antes de la eleccion, aunque esta sea la condicion, que purifica el nombramiento: (*Text. expres. in leg.67. de legat.2. Unum ex familia, propter fideicomissum, à se cum moreretur, relictum, hæres eligere debet, ei quem elegit frustra testamento suo legat, quod postea quam electus est, ex alio testamento petere potest. Utrum ergo non constitit, quasi creditori relictum? :: Sive tamen durat electio, fuisse videtur creditor; Et §. 1. Si falcidia quæratur, per inde omnia servabuntur, ac si nominatim, ei, qui postea electus est, primo testamento fideicomissum, relictum fuisset; non enim facultas necessariæ electionis, propriæ liberalitatis, beneficium est, quid est enim, quod de suo videatur reliquisse, qui quod reliquit, omnino redere debuit. Leg. Item. §. Decurionis, ff. quod cujusq. universitat.*) Luego si no se puede gravar al transversal, porque la mejora la recibe de la ley, ni el nombrado por el Comissario porque recibe el Mayorazgo de el testamento, en que se concediò la eleccion; menos se podrà gravar el descendiente en todo, ni en parte de los frutos, de la mejora, que recibe por la Ley, que la constituye legitima, y à quien si no huviera precedido la eleccion, perteneceria, a prorrata, propriedad, y frutos, lo que no sucede en el transversal.

64 Concediò la Ley al Padre, la eleccion entre sus hijos, que pudiesse extender el Vinculo, hasta quando quisiesse; poner condiciones, y gravamenes, à su arbitrio, mirando todo à la eleccion libre, que ya directa, ò indirectamente podia hazer: Puede elegir à vno, y excluirlo, no cumpliendo su precepto, llamando entonces, à otro, pero la delacion de la propriedad, y frutos, supuesta la eleccion viene de la ley: Luego: no puede privar al sucessor, de los frutos, ni destinarlos à su arbitrio, porque hecha, ò no hecha, la eleccion, pertenecen, ò à vno, ò à todos los hijos.

65 Ni obsta, el que esto procede, respecto de los transversales, ò extraños; pero no entre los descendientes, y despues de estos entre los transversales; de modo, que no vale el gravamen à favor de el ascendiente, ò transversal, aviendo descendientes; porque entonces es legitima precissa: pero entre los descendientes, siendolo solo voluntaria, puede imponer qualquier gravamen que ò vnicamente ceda, en favor de los descendientes, ò de todos los grados, dispuestos por la Ley; como ayan passado primero à descendientes (Angul. *in dict. leg. Gloss.4. à n.6. & Gloss.6. n.4.* Dom. Castill. *lib.5. cap.128. à n.1.* Rox. *part.1. cap.1. à n.55. & part. 2. cap. 1. n. 73. & cap.6. n.14. & 3. part. cap. 1. num. 86.* vbi Aguil.) y como el destino, que dàn à los frutos, los Fundadores, de estos Mayorazgos, no ceda

en

en favor de los transversales, ò extraños, à lo menos immediatamente, porque en defecto de la Doña Raphaela, ò ay, ò puede aver otros descendientes, que succedan, nada obstan los fundamentos referidos, para impedir la disposicion, de los Fundadores.

66 Succediendo con el aumento, que resultare de el empleo, de las rentas, lo mismo, que en la propriedad de el tercio; pues sino obstante, ser esta, legitima de los hijos respecto de todos los demàs grados, passarà à ellos, acabada la descendencia, no parece aver inconveniente, que el aumento resultante de el destino de las rentas, por los Fundadores prevenido, aviendo de passar primero, à otros descendientes, llegue finalmente à los demàs grados.

67 Porque, aunque el tercio admita qualesquier condiciones, y gravamenes, respectivamente à los grados, por la ley ordenados, es impossible el gravamen, en los frutos. No es dudable; que en estos, pudieron los Fundadores, imponer gravamen à favor de los descendientes, señalando, à otro, que al Posseedor; alguna porcion determinada; ò no purificada la condicion, con que estuviesse llamada la hembra, admitir à el siguiente, mandandole entregar los frutos contemplandole Posseedor, todo el tiempo, que pendiò la condicion; pero privar al Posseedor, aunque obedezca el precepto, ò purifique la condicion, y juntamente, à todos los demàs successores, esto es impossible, porque seria defraudar la Ley. (*A.A. citat. vbi proxim.*)

68 Supuesto el empleo prevenido, haziendo transito el Mayorazgo, à los demàs successores, estos no percebirian los frutos, de la propriedad de el tercio, en el tiempo, que estuvo en administracion, sino solo los frutos, de el aumento, ò frutos, de los frutos. Los frutos de el tercio, han de ceder siempre à favor de los descendientes, interin los aya; porque respecto de todos, es legitima precissa respecto de los otros grados; y assi como esta no puede gravarse en los frutos por tiempo alguno, tampoco, los frutos de el tercio, pueden dexar de pertenecer à la descendencia, ni aun por vn instante; siguiendose siempre de la disposicion de los Fundadores, el que la descendencia quedaria privada de todo lo que importasse el aumento, como enriquecidos, los demàs grados, à costa de la legitima, de los de el primero.

69 Por esto, pudieron los Fundadores, privar las hembras, de los frutos, no cumpliendo el precepto, ò ya fuesse impuesto como modo, ò ya como condicion, suspenso, ò resuelto su llamamiento: pero privarle de los frutos, y al successor immediato, y demàs, mediante el destino prevenido, es impossible, y assi los Fundadores quisieron, lo que no pudieron, y lo que pudieron no lo dispusieron. (Gutierrez *in Simil. lib.* 3. *Pract. Quæst. n.* 3. *in fin.* Dom. Castill. *lib.* 1. *cap.* 45. *à n.* 12.)

70 De la legitima, al aumento, en fuerza de el empleo de los frutos, no puede hazerse ilacion, lo vno porque en la propriedad de el tercio, ay expressa disposicion de ley, lo que no solo no sucede en los frutos, sino que se infiere lo contrario de el permisso

de

de la propriedad, compensando allí, à la descendencia, la falta de libertad en la disposicion absoluta, de la propriedad, con el percibo de frutos: teniendo solo, por lo respectivo à estos, el concepto de legitima, para no poder ser gravada: Lo otro, porque si estando vinculada la propriedad, pudiera tener lugar, el aumento, no solo seria inutil la propriedad, à la descendencia, en aquellos intervalos, sino que aviendo dado el primer lugar la Ley, à los descendientes, serian estos, de peor condicion, que los transversales, ò extraños, recibiendo estos aumentados los Mayorazgos, à costa de los descendientes. (Dom.Castill. *lib.5.cap.65.n.23.* Dom.Molin. *lib.3.cap.5. à num.45.* Cardin. de Luc. *de Fideicomiss. discurs.53. n.16.* vers. *Hac etiam.*)

71 Menos obsta que el Padre, pueda imponer el gravamen à todos los successores, de la mitad de la legitima, (Aguil. *dict. loc. 1.part.cap.7. à n.47.*) ò el todo: (Dom.Castill. *plene. Cap.64. 79. & 107. lib.5. Controvers.*) porque la legitima admite, qualquier gravamen de consentimiento de el hijo, lo que no sucede en el tercio contra la disposicion de la Ley, (Addent. ad Dom. Molin. *lib. 2. cap. 3. n.7.* Angul. *in leg.11.Gloss.4. n.21. & 22.* Dom.Castill. *lib. 5. cap. 128. n. 15. junct. cap. 64. & 107. lib. 5.* Aguil. *part.1. cap. 7. n.47.*) lo segundo: porque el gravamen tiene en la legitima, vezes de condicion potestativa, y assi en caso de la agregacion, es porque consiente, y si no la legitima le queda libre, privandosele de el tercio, à favor de otro, que quiera cumplir la condicion; además, que allí es justo, porque con los frutos de el tercio, y los de la legitima, tiene la agregacion justa recompensa, la que no ay para la Doña Raphaela, en los gravamenes que sufre, de tomar agena familia, y no tomar estado à su voluntad; y finalmente en Mayorazgo de tercio, con obligacion de agregar, la legitima, no se excluyò el hijo, aunque resistiò el gravamen, (Dom.Castill. *lib.5. dict. cap.64. per tot.*) y si esto fue, ò porque en el caso de no agregar, no se impuso la pena de privacion, ò porque el hijo seria de peor condicion, ò porque la legitima, no admitia gravamen, tampoco se halla impuesta, en estos Mayorazgos, la pena de privacion, aunque la successora perciba los frutos, de la administracion. Subsistiendo esta, las hembras descendientes, son de peor condicion, que los varones transversales, ò extraños, y tan incapaces los frutos de el tercio, de gravamen, como la legitima.

72 La casada con extraño, percibe todas las rentas, hallandose en este estado, al tiempo de la vacante; por què no percibirà la que se halla en estado honesto, à lo menos competentes alimentos? En aquella, no tiene lugar, la conservacion de la familia, y agnacion de los Fundadores, que por esto llaman à sus hijas, que por el precepto, puedan verificar este fin; supongase, que no tenga efecto el matrimonio, en la de estado honesto; acaso no se podrà verificar en el immediato successor; ò porque sea varon de la familia, ò hembra que tenga la oportunidad de cumplir? Si el no tener efecto, en la persona de aquella, este fin, de nada le excluye, por què ha de privar a esta de el todo, quando puede, y està prompta à verificarlo? Si es porque aquella, no tiene arbitrio para obedecer, tampoco en el arbi-

arbitrio de estar, està la verificacion de el concepto, haziendo lo que està en su potestad, que es no contravenir, y estando prompta, à obedecer.

73 Ni obsta, la diversidad de las disposiciones, en ambos casos; porque la razon de la diversidad, proviene, de que en la casada, no ay culpa, porque absolutamente no puede obedecer; en la de estado honesto, puede averla; y esta fueron à excluir los Fundadores: (Addent. ad Dom. Molin. *vbi supp. n.*35.) Luego, constando con evidencia, que la Doña Raphaela ninguna culpa tiene, aunque las palabras parezcan mas extensivas, la mente no se opone à la percepcion.

74 En el Mayorazgo de los n. 27. y 28. solo se manda la administracion, pero no se prohibe, la absoluta entrega de el todo, ò alguna parte, aviendo causa vrgente, ni el empleo prevenido, excluye los alimentos: (Cardin. de Luc. *dict. discurs.*188. *&* 190. *de Fideicomis.*) Luego siendo pobre, cumpliendo en quanto puede, con lo provenido en la Fundacion, no se le puede impedir el percibo. La misma administracion se previene, en el caso de el menor. Si no tiene de que alimentarse, se le manda entregar el tercio: Luego: no teniendo la Doña Raphaela bienes algunos de que alimentarse, debe en conformidad de dicha disposicion, darsele à lo menos el tercio de las rentas.

75 Es verdad, que en el Mayorazgo de los n. 14. y 15. se prohibe la entrega, con mas rigor; pero esto no procede, en las hembras descendientes, como queda fundado desde el n. 39, porque es increible, quisiessen que los descendientes padeciessen la vltima pobreza, quedando à costa suya vtilizados los transversales, y extraños. Què honor, què lustre, de su memoria, y familia, avian de conseguir, por su apellido, y armas, quando la successora descendiente, por su miseria, mas seria descredito, que deposito de el honor de su familia. Y finalmente, porque respecto de las descendientes, à quienes no se les puede imputar la mas leve culpa, seria iniqua, y cruel la privacion total de los frutos; (Novel. 18. cap. 3. *In duram incidens crudelitatem, & amaritudinem:: quam ob rem arbitror studium esse hujusmodi testamentis, vxores etiam proprietatem adquirere: filijs forte fame peremptis vnde enim, & in medio gubernantur, & quotidianum habeant civum nibil eis derelicto?:: non licebit igitur de cætero vlli omnino filios habenti, tale aliquid agere: sed modis omnibus, eis, hujus legitimæ partis, quam nunc deputabimus, & vsumfructum insuper, & proprietatem relinquat, si vult filiorum, non repente fame morientium, sed vivere valentium vocari Pater. Et hæc omnia dicimus non in Patre solo, sed in matre, abo, & proabo::*) por lo que parece ser conforme à derecho, y à la voluntad de los Fundadores el percibo de frutos que pretende Doña Raphaela: S.S.I.O.T.S.C.

Lic. Don Juan Diaz de la Guerra.

[illegible] la [illegible] de el [illegible] lo [illegible] que [illegible] portarse, que esto contravenir, y estando [illegible] à [illegible].

73 [illegible] diversidad de las [illegible], en ambos casos; porque la razon de la diversidad, procede, de que en la calidad [illegible] porque absolutamente no puede obedecer con la de el dicho honesto, que se averia, y esta fuera à excluir los Fundadores: (A [illegible] ad Dom. Molin. [illegible] n.35.) Luego, consten-co con evidencia, que la Doña Raphaela ninguna culpa tiene, aunque las palabras parezcan mas exclusivas, la mente no se opone à la [illegible].

74 En el Mayorazgo de los n. 27. y 28. solo se manda la administracion, pero no la prohibe, la absoluta entrega de el todo, ò alguna parte, avicndo causa vigente, ni el empleo prevenido, excluye los alimentos: (Cardin. de Luc. dist. discur. 188. & 190. de Fideicom.) Luego [illegible] pobre, cumpliendo en quanto puede, con lo prevenido en la Fundacion, no se le puede impedir el percibo. La misma administracion se previene, en el caso de el menor. Si no tiene de que alimentarle, se le manda entregar el tercio: Luego; no teniendo la Doña Raphaela bienes algunos de que alimentarse, debe en conformidad de dicha disposicion, darsele à lo menos el tercio de las rentas.

75 Es verdad, que en el Mayorazgo de los n. 14. y 15. se prohibe la entrega, con mas rigor; pero esto no procede, en las [illegible] descendientes, como queda fundado desde el n. 39. porque es increible, que quisiessen que los descendientes padeciessen la ultima pobreza, que [illegible] à costa [illegible] vilizados los transversales, y extraños. Que honor, que lustre de su memoria, y familia, avian de conseguir, por su apellido, y armas, quando la succesora descendiente, por su miseria, mas [illegible] de [illegible], que deposito de el honor de su familia. Y finalmente, por mere respecto de las descendientes, à quienes no se les puede imputar la mas leve culpa, seria iniqua, y cruel la privacion total de los frutos: (Novel. 18. cap. 3. *In durum incidens [illegible], & amaritudinem: quam ob rem arbitror [illegible] esse huiusmodi [illegible], uxores etiam proprietatem acquirere: filijs [illegible] fame [illegible], & in medio gubernantur, & quotidianum [illegible] non [illegible] igitur de caetero [illegible] filios habentes, tale aliquid agere: sed medio omnibus, [illegible] partis [illegible] usumfructum [illegible], & [illegible], si [illegible], non repente fame [illegible] Patre. Et haec omnia dicimus [illegible] Patre solo, sed in matre, [illegible], & [illegible].*) por lo que parece ser conforme à derecho, y à la voluntad de los Fundadores el percibo de [illegible] que pretende Doña Raphaela: S.S.L.O.T.S.C.

Lic. Don Juan Diaz de la Guerra.